

仮処分に関する若干の問題点

野村秀敏

目次

はじめに

一 本日のテーマについて

二 仮処分訴訟における審理

三 係争物に関する仮処分と仮の地位を定める仮処分

四 賃金仮払仮処分の失効と仮払金の返還義務

五 不作為を命ずる仮処分と間接強制

六 不作為を命ずる仮処分と執行官保管

七 結び

はじめに

筆者は、平成四年五月一三日に、裁判所書記官研修所において、新任書記官の研修の一環として講演をする機会を与えられた。本稿は、その折の講演原稿である。講演に際し、種々の御配慮をいただいた小野寺規夫判事（裁判所書記官研修所所長）、井上五郎簡裁判事（裁判所書記官研修所教官）等を初めとする書記官研修所の方々に、深く

感謝する次第である。講演の折には時間の関係上省略した部分もあるが、ここには、用意した原稿を全文掲載した。ただし、講演原稿という本稿の性質上、文献の引用はごく一部に限っている。詳細については、本文の冒頭に掲げた拙稿を御参照いただければ幸いである。

一 本日のテーマについて

ただいま御紹介いただきました、野村でございます。この度、書記官研修所で研修中の皆様方に対してお話をする機会を与えられましたことを、大変光榮に存じます。

本日のテーマは、仮処分に関する若干の問題点となっております。私は、約一五年ほど前から、民事訴訟法の研究を続けておりますが、その際を中心テーマの一つが保全処分というところであります。本日は、私が研究してまいりました保全処分、とりわけ仮処分に関する問題点のうちから幾つかを取り上げて、私の考えをお話させていただきますいと存じます。つまり、その問題点とは、目次の二ないし六に掲げた五つのものでありますが、御存知のように、保全処分に關しましては、平成元年に新しい民事保全法が制定され、同三年一月一日から施行されております。ところで、目次の問題点のうち、二、三については、昭和五六年に刊行致しました『保全訴訟と本案訴訟』という著書の中で、私見を展開させていただきました。その後、ただ今、申し上げましたように、新しく民事保全法が施行されたわけですが、その中には私見とは調和しないように見えなくてもない規定が存在します。そこで、それらの規定との関係で、かつての私見を考え直す必要がないか、あるとしたら、どのようにか、ということ、まず申し述べさせていただきますと思います。次に、目次の問題点四につきましては、平成元年に発表致しました「賃金仮払仮処分の失効と仮払金の返還義務」判例タイムズ七〇五号、「同（補論）」成城法学三三号において、私見を展開させていただきました。これは、後で紹介致します一つの最高裁判決を契機として発表させていただいた論文

ですが、この判決につきましては、私の論文と相前後して、多数の判例評釈類が公にされており、その中には、時間的な関係で右の論文の執筆に際しては参照しえなかったものもあります。そこで、それらを参照して、改めて私見について考え直してみたいと思うのであります。なお、右の二つの論文も旧法（つまり、民事保全法施行前の法律状態）を前提として書かれたものですが、現在でも、問題状況は変わっておりません。すなわち、新しい民事保全法も、旧法下における問題点にすべて解決を与えたわけではなく、従来から存在した問題点で解釈に委ねられているものは、なお少なくありません。そして、目次の五と六に掲げた不作為を命ずる仮処分に関する二つの問題点も、そのようなものであります。この二つの問題点につきましては、下級審のものですが、最近、興味深い判例が公にされております。そして、私はそれらの判例について判例解説ないし評釈を担当致しましたので（平成三年度重要判例解説と私法判例リマックス5号）、これらの問題点についても、私の考えを示させていただきたいと思えます。

二 仮処分訴訟における審理

(1) まず、最初の仮処分訴訟における審理という問題点は仮差押えにも共通しておりますが、本日は専ら仮処分を念頭において論じたいと思います。かつて、昭和四〇年代の後半から五〇年代にかけて、故吉川博士と松浦教授を中心に、日照妨害禁止の仮処分などを契機として、被保全権利の疎明が欠缺ないし不足していても仮処分命令を発令しうるかという問題が議論されました。その際、私は、全面的にはありませんが、基本的には松浦教授に賛成して、右の問題を肯定する次のような議論を展開しました。

(2) すなわち、仮処分命令の申請にあたっては、被保全権利と保全の必要性を疎明しなければいけません（民訴旧七四〇条二項・七五六条Ⅱ民保一三条二項）。しかし、疎明方法は即時に取り調べるものに限られますから（民

訴二六七条一項)、債権者として疎明が不可能ないし困難となる場合が生じえますし、裁判所としても認定を躊躇することなしとしません。そこで、法は、被保全権利と保全の必要性の双方または一方の疎明がないときでも、仮処分命令によって債務者に生ずべき損害の担保のため債権者が裁判所の自由な意見を以て定める保証を立てたときは、仮処分命令を発令することができるとして(民訴旧七四一条二項・七五六条、いわゆる疎明代用保証制度を認めていました。したがって、裁判所としては、疎明がない場合でも、直ちに、仮処分申請を却下することはできず、さらに疎明代用の保証の可否の審理に進まなければならないわけでした。そして、その審理の結果、疎明代用の保証を許すか否かの判断は、専ら裁判所の自由裁量に委ねられていると解されておりました(なお、右に引用した民訴旧七四一条二項に相当する規定は民事保全法中には含まれておりませんが、この点については、後にまた触れます)。

このように、疎明代用の保証を許すか否かは自由裁量によるとはいっても、無論、裁判所の恣意専断を許すものとは解釈されていませんでした。そこで、むしろ、どのような場合に、疎明代用の保証を立てしめて仮処分命令を発令することが自由裁量の限界を逸脱したことになり、違法なものとなるかが、重要な問題とされたわけでした。

まず、仮処分訴訟の訴訟要件が欠缺する場合には、疎明代用の保証の適否を云々するまでもなく、仮処分申請が却下されるべきは当然であります。これは、自由裁量以前の問題です。

次に、訴訟要件が具備されており、債権者の主張する事実がすべて真実であるとしても、被保全権利または保全の必要性に法律上理由のないことが明らかであり、それらが全く成り立つ余地のない場合も、仮処分申請は却下されるべきであります。また、債権者が主張する事実の不存在、あるいは債務者の主張する抗弁事実の存在が証明されており、明らかである場合にも、疎明代用の保証の適否を云々するまでもなく、仮処分申請は却下されるべきであります。

ところで、通説によると、疎明は被保全権利や保全の必要性の事実面の審理にのみ関連し、法律面のそれには関連しないとされます。すなわち、通説は、前者の審理に関しては、裁判所は、一応確からしいとの心証に基づいて事実を認定することができるとして、通常訴訟における程の厳格な審理を要求していませんが、後者の審理に関しては、通常訴訟におけるのと同様の厳格さでなされなければならないというのです。したがって、これによれば、被保全権利や保全の必要性が、単に法律上理由のないことが明らかであり、それらが全く成り立つ余地がないという場合のみならず、裁判所が被保全権利や保全の必要性の法律面に関して通常訴訟におけるのと同じの厳格な審理を行った結果、それらが成り立たないとの結論に到達した場合にも、仮処分申請は却下されることになるはずであります。必ずしも、この意味において判例が一貫していたわけでもありません。しかしながら、被保全権利の法律面についてそのような厳格な審理を要求することは、仮処分訴訟を長期化させ、その迅速性に犠牲を強いることになります。また、そのような厳格な審理を経た結論を示された仮処分訴訟における敗訴当事者は、その結論が本案訴訟において覆されることを期待しえず、本案訴訟を放棄するに至るおそれが生じますが、このようなことは、その本案訴訟が必ずしも審問請求権の保障の点において十分ではない仮処分訴訟によって代替されることに繋がります。このような現象を仮処分の本案化と呼びますが、決して好ましいものではありません。したがって、疎明は法律面にも関連させられるべく、事実面のみならず法律面に関しても、被保全権利や保全の必要性が一応成り立つということになれば、その疎明があったというべきであります。ただし、このようにすると、仮処分命令が従来通説によって考えられていたよりも弱い基礎に基づかされることになり、相手方に損害が生ずる可能性が高くなるのは否定されません。そこで、仮処分命令を発令してこの不利益を相手方に押し付けることを正当化するためには、右の意味における被保全権利と保全の必要性の疎明と並んで、利益衡量、すなわち、仮処分申請が却下された場合に本案判決時までには債権者側に生ずるおそれのある損害と、逆の場合に、その時までには債務者側に生ずるおそ

れのある損害との比較衡量において、債権者側の優るべきことが要求されなければなりません。他方、被保全権利が法律面と事実面の双方において成り立つことが明白である場合には、相手方に生ずる損害は、実体法を基礎として、それに押し付けうることになりますから、右の利益衡量は不要であります。このような解釈は民事訴訟法の旧規定やその沿革から導かれうるものであり、保全処分制度の目的、訴訟状態や相手方の利益、訴訟政策的考慮にも沿うものであります。そして、このように考えると、訴訟要件が欠缺する場合のほかは、被保全権利が法律面と事実面の双方において成り立つことが明白である場合の正反対の場合、すなわち被保全権利または保全の必要性に法律上理由のないことが明らかであり、それが全く成り立つ余地のない場合と、債権者が主張する事実の不存在、あるいは債務者の主張する抗弁事実の存在が証明されており、明らかである場合にのみ、疎明代用の保証の適否を云々するまでもなく仮処分申請を却下すべきことになったと思われます。

もっとも、判例・学説上は、さらに、債権者が主張する事実の不存在、あるいは債務者の主張する抗弁事実の存在が疎明されて、被保全権利または保全の必要性の不存在が一応認められる場合にも、疎明代用の保証を許す余地があるかが問題とされましたが（疎明は被保全権利の法律面にも関連させられるべきであるというここでの見解によれば、法律面から被保全権利が一応不存在と思われるという場合も問題とされるべきことになりましょう）、むしろ、そのような余地はなく、そのような場合にこの保証を立てしめて仮処分命令を発令すれば裁判所の自由裁量の限界を超えて違法となるとする見解が多数説であったように思われます。しかし、債権者が被保全権利の存在を疎明したからといって、当然に仮処分命令が発令されるわけではありません。つまり、疎明がある場合でも、債権者は立保証という負担を課せられることがありうるのですから（民訴旧七四一条三項・七五六条Ⅱ民保一四一条一項。この保証を疎明補充の保証といえます）、このこととの均衡上、債権者が主張する事実の不存在、あるいは債務者の主張する抗弁事実の存在が証明されず、疎明されたに過ぎないときは、債務者に負担を課する、すなわち、保

証を立てしめて仮処分命令を発令する余地があつてしかるべきであつたでしょう。このように、右の場合にもなお保証を立てしめて仮処分命令を発令するか否かは裁判所の自由裁量の範囲内に属したと思いますが、疎明の即時性の制限にもかかわらず、ほとんど全ての疎明方法を取り調べたときに、裁判所が被保全権利（または保全の必要性）がないとの一応の結論に到達したといったような場合には、保証を立てしめて仮処分命令を発令するのは適當ではなかつたでありましょう。

(3) 以上が旧法の規定を前提として私が展開した仮処分訴訟における審理のあり方の基本構造ですが、旧法下においては、仮処分命令が（通説の立場では事実面にのみ関連した）疎明という弱い基礎に基づかされていることを補うために、被保全権利（と保全の必要性）に関して、仮処分命令の内容に対応して心証の程度をスライドさせるべきである、すなわち、仮処分が債務者に対して及ぼす不利益が大きければ大きい程、高い程度の心証を要求すべきである、とされることがありました。そこで、この立場からは、債務者に対して償ふことのできない損害を及ぼすおそれがあるにもかかわらず（特に、いわゆる断行の仮処分や満足の仮処分の場合があげられます）、被保全権利（または保全の必要性）についての疎明がない場合に、疎明代用の保証を立てしめて仮処分命令を発令することは、裁判所の自由裁量の限界を超え、あるいは適當ではないことになりましょう。

しかしながら、通説は、被保全権利（および保全の必要性）の審理の法律面に関しては、通常訴訟におけるのと同一の厳格な審理を要求していますから、事実面に関する疎明の程度を引き上げ、それについても通常訴訟におけるのに近い厳格な審理を要求するならば、仮処分訴訟の審理が長期化し、そこにおける敗訴当事者が本案訴訟を放棄するに至るといふ先に指摘した仮処分の本案化という好ましくない傾向がますます助長されることは不可避であります。他方、仮処分命令が発令されないならば、債権者側にも償いたい著しい損害が生ずるおそれがある場合もあります。このような場合に、被保全権利（および保全の必要性）の高度な疎明にかかずらわつて仮処分命令の

発令を遅らせるならば、社会的、経済的強者あるいは不道義者による強い者勝ちの状態が放置されることになりかねません。そこで、ここでも、被保全権利の審理を、法律面と事実面の双方について一応の程度にとどめることによって仮処分訴訟の迅速化をはかり、債務者側に償うことのできない損害を押し付けることは、債権者側にそれ以上の損害が生ずるおそれがあるということによって正当化されると考えるべきであります。すなわち、ここでも、被保全権利（および保全の必要性）の疎明がなくなるとも、一般の場合と同様に、保証を立てしめて仮処分命令を発令するか否かは、なお裁判所の自由裁量に委ねられていると解すべきであつたと思います。

(4) このような考え方に対しては、従来の通説の立場からのほか、長谷部助教授からも批判をいただきましたが（長谷部由起子「仮の救済における審理の構造（一）」（三・巻）法協一〇一卷一〇号一頁以下、一〇二巻四号七五頁以下、九号九二頁以下）、旧法下の議論でありますし、時間の関係もありますので、ここでは、触れることができません。

(5) それでは、旧法を前提とした以上のような私見は、民事保全法の下でどのように評価されるのでしょうか。この評価に際しては、先に言及した民事訴訟法旧七四一条二項・七五六条に相当する規定は民事保全法中には引き継がれていないことに注意しなければなりません。そのようにされたことの理由は、立法担当者によって、仮処分命令の発令は、債務者に一定の行為の禁止等の不利益を課するものであるから、必要な要件を疎明すべきであり、いくら迅速性が要求されるからといっても疎明なしで許されるべきことではなく、旧法の解釈でも、まったく疎明がない場合には、申請を却下すべきであると解されていたためであると説明されております（山崎潮・新民事保全法の解説〔増補改訂版〕一四〇頁）。

しかしながら、私見からは、このような立場に賛成できないことは、既に述べたところからは明らかでしょうし、旧法の解釈としても、まったく疎明がないわけではないが、それが不足していた場合にはどうであつたので

しょうか。このように、民事保全法の態度には立法論としては疑問を抱きますが、それはともかく、解釈論としては、その一三条二項・一四条一項を前提とせざるを得ません。すなわち、仮処分命令の発令のためには、被保全権利と保全の必要性の疎明が必要であり、それがあつた場合でも、なお立保証を命じうることになります。

そこで、従来の私見は以下の限度で、なお民事保全法の下でも生かされるべきでありましょう。すなわち、疎明は、事実面のみならず、法律面にも関連させられるべきであり、被保全権利や保全の必要性が双方の側面について、一応成り立つということになれば、それがあつたとすべきであります。そして、このことを補うものとして、先に指摘しました利益衡量が要求されるべきであります。他方、被保全権利が法律面と事実面の双方において成り立つことが明白である場合には、この利益衡量は不要であります。また、これも先に指摘しました、仮処分が債務者に与える不利益が大きい程、被保全権利（と保全の必要性）について高い心証を要求すべきであるとの旧法下における有力説は、民事保全法の下でも主張されることになるでしょうが、このような見解に賛成できないことも、従来と同様であります。

三 係争物に関する仮処分と仮の地位を定める仮処分

(1) それでは、次の問題点に移りますが、民事訴訟法旧七五五条は、「現状ノ変更ニ因リ当事者一方ノ権利ノ実行ヲ為スコト能ハス又ハ之ヲ為スニ著シキ困難ヲ生スル恐アル」場合の仮処分、同七六〇条は、「殊ニ継続スル権利関係ニ付キ著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル強暴ヲ防ク為メ又ハ其他ノ理由ニ因リ之ヲ必要トスル」ときになされる「争アル権利関係ニ付キ仮ノ地位ヲ定メル為」の仮処分を規定しておりました。そして、前者の仮処分が係争物に関する仮処分、後者の仮処分が仮の地位を定める仮処分でありますが、右の二つの規定は、民事保全法にその二三条一項と二項として、ほぼ、そのまま取り入れられました。したがって、旧法下においても民事保全法下において

も、仮処分には二種類のものがあるように一応は見えるわけです。それでは、これらの仮処分はどのようにに区別されるのでしょうか。これが、第二の問題点であります。

(2) 最初に述べましたように、私は、この問題点についても、旧法を前提として、『保全訴訟と本案訴訟』という著書の中で私見を展開させていただきました。

まず、私見の前提として通説の考え方を述べますと、それは、将来の強制執行を阻害すべき危険に対処するため執行の対象となる債務者の財産の現状を維持する手段が係争物に関する仮処分（と仮差押え）であり、将来の執行保全とは関係なく、訴訟的解決まで時間を要することによる損害ないし危険に対処するため法律状態を暫定的に規整する手段が仮の地位を定める仮処分であるというものです。

しかしながら、法律の文言による限りは、このような解釈が当然であるとはいえません。たとえば、特定物の給付請求権の執行保全の仮処分は係争物に関する仮処分の典型とされますが、この場合も、その請求権について争いがあり、債務者の行為によって債権者が損害を被るおそれがあるので、処分禁止とか占有移転禁止とかの仮の地位が定められるとはいえないでしょうか。また、日照妨害を理由とする建築禁止の仮処分については、係争物に関する仮処分であることも仮の地位を定める仮処分であることもある、とされることもあります。仮の地位を定める仮処分であるとするのが一般的でありましょう。しかし、この場合、建築がなされて日照を享受できなくなることによって、債権者は日照権という権利の実行を不可能にされるおそれを被っているとはいえないでしょうか。

このように、法律の文言による限りは、二つの仮処分の区別は極めて曖昧であるといわざるを得ません。ところで、日本法の母法となったのはドイツ民事訴訟法ですが、ここで問題としている規定については、さらにドイツ民事訴訟法は北ドイツ草案の規定を受け継いでおります。そして、北ドイツ草案の審議録を見ますと、二つの仮処分は最初から別個のものとして設けられたのではなく、係争物に関する仮処分から漏れるおそれのあるものを拾うた

めに、仮の地位を定める仮処分が設けられたという事情が窺われます。それ故、これら二つの仮処分の区別が曖昧であるのは、むしろ当然といえましょう。そこで、二つの仮処分の関係については、それらが両々相まって、一つの包括的・一般的な仮処分があると理解すれば十分でしょう。

(3) このように、係争物に関する仮処分と仮の地位を定める仮処分は明確には区別できず、両者が相まって一つの包括的・一般的な仮処分があると理解すれば十分と考えますが、民事保全法中には、両者が明確に区別しうることとを前提とし、その一方にのみ関係するように思われる規定がないではありません。それは、同法二三条四項です。また、立法担当者の解説によると、条文中に「権利」と書かれている場合には係争物に関する仮処分を指し、「権利関係」と書かれている場合には仮の地位を定める仮処分を意味するとされ、そのような条文として、一条、

一三条、二五条、三八条が指示されています（山崎・前掲一六七頁）。これらの条文のうち、民事保全法の趣旨に関する一条、保全命令の申立てに関する一三条、事情変更による保全取消しに関する三八条には、権利と権利関係が両方とも書かれていますから、右の立場によっても、そこでは係争物に関する仮処分と仮の地位を定める仮処分がともに言及されていることになり、両者が明確には区別できないとしても問題はありません。しかし、仮処分解放金に関する二五条には、「権利」との文言しかありませんから、この規定は係争物に関する仮処分にのみ関係した規定ということになって問題が生じます。それでは、民事保全法二三条四項と二五条は、二つの仮処分の明確な区別を否定する立場からはどのように考えるべきでしょうか。

(4) 民事保全法二三条四項は、「同条二項の仮処分命令（つまり仮の地位を定める仮処分命令）は、口頭弁論又は債務者が立ち会うことができる審尋の期日を経なければ、これを発することができない。ただし、その期日を経ることにより仮処分命令の申立ての目的を達することができない事情があるときは、この限りではない。」と規定しています。この四項は、衆議院における議員修正によって追加されたものですが、その趣旨は次のようなところに

あると説明されています(山崎・前掲一六九頁)。すなわち、民事保全法では、すべての審理は決定手続で行われることとなったので(三条)、必ずしも債務者の審尋をしなければならないとの制度的保障がありません。しかし、そうすると、当事者に重大な影響を与えるため、慎重に審理しなければならないはずの労働仮処分をはじめとする仮の地位を定める仮処分の審理が一方の利益に偏ったり、拙速になったりするおそれがあるので、この場合には、債務者の意見を聴かなければならないとの制度的保障が与えられた、というのです。

そして、立法担当者は、その私見として、当事者恒定の目的を有するか否かによって、係争物に関する仮処分が仮の地位を定める仮処分かが区別されるとしています(山崎・前掲一七〇頁)。しかし、執行保全の仮処分が係争物に関する仮処分であるとの通説的考えを基礎としますと、強制執行が予定されていない当事者恒定の意味のみを有するに過ぎない仮処分、ことに境界確定訴訟における被告適格恒定のための処分禁止の仮処分などは係争物に関する仮処分とはいえないと思います(山木戸克己「満足的仮処分」吉川還暦・保全処分の体系下巻八一三頁)。

このように、やはり、二つの仮処分の区別は曖昧であるわけですが、この区別は、ここでも重要ではないと思います。それは、私は、次のように考えるからです。すなわち、仮処分命令も裁判である以上、その発令にあたっては、債権者側のみならず、債務者側の言い分を聴かなければならないのは、建前としては当然であると思います。つまり、従来、通説が仮の地位を定める仮処分としていたもののみならず、係争物に関する仮処分としていたものについても、その命令を発令するにあたっては、債務者側の言い分を聴くのが、一応の建前というべきです。ただ、従来、係争物に関する仮処分とされてきた執行保全のための仮処分の場合には、密行性が必要ですので、この建前は当てはまらないとされてきたに過ぎません。そして、この観点からは、二三条四項の但書が注目されなければなりません。すなわち、この密行性のある仮処分は、この但書の例外に一律に当てはまるのであります。他方、もし通説によって係争物に関する仮処分と考えられてきた仮処分の場合であっても、この例外に該当しないものが

あるとするならば、建前どおりに、債務者側の言い分を聴く機会を設けるのは当然といわなければなりません。それ故、解釈論としては、二三条四項は係争物に関する仮処分にも類推されるべきであり、その結果、ある仮処分が係争物に関する仮処分であるか、仮の地位を定める仮処分であるかなどはいつでもよく、右の但書の例外に該当するか否かこそが重要になるというべきであります。

(5) 以上のことは、仮処分解放金に関する民事保全法二五条についても、逆の方向で当てはまります。すなわち、この二五条は、係争物に関する仮処分に関する規定とされていますが、たとえ、そうであるとしても、仮の地位を定める仮処分にも類推されるという、先程の場合とは逆の方向での類推がなされるべきであると思います。つまり、ここでも、ある仮処分がどちらの仮処分に該当するかなどを詮索する必要はありません。

こう考える理由を述べるに当たっては、やはり、立法担当者の解説から出発しなければなりません（山崎・前掲一七二頁以下、特に一七九頁）。すなわち、それによると、旧法下では、仮処分解放金を定める場合が次第に拡張され、仮処分の意味が失われてしまうのではないかと思われるような場合にまで、そうされるようになってきたという事です。そこで、それは係争物に関する仮処分の場合、しかも、「保全すべき権利が金銭の支払を受けることをもってその行使の目的を達することができものである」場合に限って定められ得るものとしたというわけです。

そして、そのような場合の例としては、自動車の所有権留保付売買について、買主が割賦代金の支払を怠ったことにより、売主が契約を解除し、自動車を引き上げるためにする占有移転禁止の仮処分があげられています。しかし、この場合、買主に使用を許したのでは、その自動車の保管・使用方法が適切でないため、債務者の占有を解いて執行官保管とする仮処分や、そうした上で債権者に使用を許す仮処分がなされることも考えられますが、これらの仮処分は、係争物に関する仮処分と仮の地位を定める仮処分を区別する立場からは、後者に該当するとされるところわれます（吉川大二郎「満足の仮処分の性質」増補仮処分の諸問題三三一頁参照）。これらの場合に、前者の立法

担当者のあげる仮処分とは区別して後者の私のあげた仮処分では仮処分解放金を定め得ないとする理由があるとは思われません。つまり、決定的なのは、「保全すべき権利が金銭の支払を受けることをもってその行使の目的を達することが出来るか」否かだけであり、その仮処分が二つの仮処分のうちのいずれの仮処分であるかではないと思われますので、先のような解釈論を主張したいと思うのであります。もっとも、立法担当者は、先に指摘しましたように、当事者恒定の目的を有するか否かによって二つの仮処分を区別しますから、単純な執行官保管等の右の後者の仮処分の場合にも、自動車の物理的損耗の防止のほかに占有の第三者への移転の防止の目的もあわせ含まれており、それ故、それは係争物に関する仮処分であるとするかもしれません。しかし、このようなことを詮索すること自体、仮処分解放金を定め得るようにするために、辻褄を合わせようとしたとの感を否めません。

なお、このようにすると賃金仮払仮処分について仮処分解放金を定め得ることになりはしないかとの疑問があるかもしれません。しかし、債権者が仮処分解放金を現実に手にすることが出来るのは、本案訴訟に勝訴した後です。から、「保全すべき権利が云々」の要件の中には、当然、「保全すべき権利が、後に金銭の支払を受けることをもってその行使の目的を達することが出来るものである」との意味が含まれているはずであり、賃金仮払仮処分の場合には、この要件に該当せず、仮処分解放金を定め得ないことになります。

四 賃金仮払仮処分の失効と仮払金の返還義務

(1) 以上、やや一般的・抽象的なことを申し述べましたので、今度は、判例に現れた事案に即しまして、もっと具体的な問題点を検討してみたいと思います。まず、今、申し上げました賃金仮払いの仮処分に関連した、その仮処分の失効と仮払金の返還義務という問題点ですが、最初に指摘したこの問題点に関する私の考え方を展開させていただいた論文は、宝運輸事件という最判昭和六三・三・一五民集四二巻三号一七〇頁という判例を契機としたも

のでした。そこで、この判例の事案を簡単に述べさせていただきますと、それは、整理解雇された労働者が賃金仮払仮処分と地位保全の仮処分判決を得、使用者側による労務の受領がなされないまま仮払金を受領したところ、右判決に対して控訴があり、控訴審は、債権者が他に就労して賃金を得るようになったため保全の必要性が消滅したとして、賃金仮払仮処分を取り消しました。そこで、債務者が、仮払金の返還を要求して訴えを提起したところ、最高裁は、これを認容したというものです。

なお、この事件は旧法下の事件であり、民事保全法では、三三条（およびこれを準用する四〇条一項、四一条二項）において、ここでの問題点に関連する規定として、仮処分命令を取り消す際の原状回復の裁判に関する規定が設けられています。しかし、この規定の下でも、ここで問題としている場合に仮払金の返還を命ずるべきかとの問題はあまるわけですし、また、債務者が、この規定による手段を利用せずに、独立の訴えを提起することは排除されていませんから、この場合にも、やはり右の問題は生じます。

(2) ところで、この判例は仮処分命令が取り消された場合に関するものですが、従来は、本案訴訟の債権者敗訴判決が確定した場合が、学説上、議論の対象とされてきました。そこで、まず、この場合について述べますと、ここでは、従来の通説は、返還義務の肯定をほとんど自明のこととしてきたと思われれます。もっとも、否定説も見られなかったわけではなく、この判例の後には、むしろ、否定説の方が有力になりつつあるように思われなくもありませんが、私としては、やはり、肯定説を取らざるを得ないと思います。

否定説には、賃金仮払仮処分とともに地位保全の仮処分があわせて発令されている場合にのみ否定する見解（伊藤眞「賃金仮払いの仮処分の失効と不当利得」判評三二一号〔判時一一六三号〕二二頁以下）と、前者の仮処分のみの場合にも否定する見解（管充行「仮処分による仮払賃金の返還義務」労判四一五号四頁以下）とがあります。が、この対立は、賃金仮払仮処分の性質をどう見るかに由来しています。すなわち、賃金の仮払いを命ずる場合、

仮の労働契約関係を設定することなく賃金の仮払いを命じていると見るか、あるいは、仮払いが命ぜられる限度において仮に労働者たる地位をも保全しているか、に由来しています。この点については、元々、労働者としては、労務の提供なしに賃金を受領する権限を有しないはずでありますから、もし賃金仮払仮処分だけの場合に、単純にその仮払いだけが命ぜられていると見ますと、その仮処分は、債権者たる労働者に、本案訴訟によっても得られない利益を与え、本案請求の範囲を超えることになると考えられます。したがって、この仮処分だけの場合にも、労働者たる地位が仮に形成されていると見なければなりません。そこで、地位保全の仮処分が発令されているか否かは、仮払金の返還義務の問題を考えるにあたって重要ではないことになります。

次に、債権者側本案敗訴の判決の確定による仮処分の失効が遡及するか否かが、ここでの問題点に関連してきますが、その点は後で検討することとして、管弁護士は、たとえ、そう解するとしても、返還義務は否定されるとされています。その理由とするところは、使用者側が労務を受領した場合には、既に事実として展開した労働関係を遡って無効のものとすることはできず、使用者側は賃金支払義務を負うが、労務の受領が拒絶された場合にも、これとの対比において同様に取り扱いわれるべきであるというところにあります。

確かに、民法や労働法の学説上は、労働関係が事実として展開された後に労働契約の無効事由が判明し、あるいはそれが取り消された場合には、その無効・取消しの遡及効を制限する学説が有力でありまして、右の管氏の見解は、これを、労務が受領された後の仮処分失効の場合に、そして、さらには、その受領が拒絶された後の仮処分失効の場合にまで推し及ぼそうとするものであります。しかし、私としては、この民法や労働法の学説に疑問を持ちますが、それはともかくとして、これらの学説が念頭においているのは、労務の受領が現実にあった場合だけであると思われる、それが拒否された場合にまで、過去については労働契約が有効であったと同様の処理をすべきであると説いているかは極めて疑問であると思います。

(3) そこで、右では留保した債権者側本案敗訴の判決の確定による仮処分の失効の遡及性の問題です。返還義務を否定される伊藤教授によると、使用者側が労務の受領を拒否しても、受領遅滞の法理によって賃金債権が発生するとしておられ、それはそのとおりでしょうが、もし仮処分の失効が遡及的なものであるとすると、この賃金債権も遡って発生しなかったことになって返還義務があるということになりますから、この点を問題としなければなりません。

伊藤教授も一般論としては、仮処分が遡及的に失効することを否定されておられません。が、株式会社の取締役の職務執行停止仮処分や代行者選任仮処分の失効が遡及しないとされていることに照らし、ここでも同様に考えるべきであるとされています。また、松浦教授も、当該の仮処分命令が形成裁判か給付命令かで、遡及的に失効するか否かを決定すべきであるとされています(松浦馨「判例評釈」私法判例リマックス1号二五二頁)。職務執行停止仮処分や代行者選任仮処分の場合には、職務の執行を停止された取締役を排除して行われる取締役会の行為や、代行者により、あるいはその者を加えて行われる取締役会の行為は、会社の内部、外部に様々な波及的な効果を及ぼしていきます。そこで、これらの行為の効力が後になって否定されるのでは、耐えがたい法律関係の混乱が生じてしまいますから、遡及的失効が否定されるのでありましょう。これに対し、ここで問題としている場合には、仮処分の効果が第三者に波及していくことはなく、単に仮払金を返還すればよいだけでありますから、遡及効を否定する根拠に乏しいのではないのでしょうか。賃金仮払仮処分が形成裁判であっても、このことは何ら変わりありません。また、この形成裁判との理由で遡及的失効を否定される松浦教授は、他方で、労働契約の無効について故意・過失のある労働者に対する損害賠償請求は肯定されるとされています(松浦・前掲二五二頁)。しかし、損害賠償請求が肯定されるということは、仮払金の受領を違法と評価しうるということを意味することになります。したが、この場合の違法は労働契約が無効であるということですから、このことは、その受領について法律上の原因が

なかったと評価しうることも意味することになって、不当利得に基づく仮払金の返還義務が認められることになってしまわないでしょうか。

(4) 以上述べたように、債権者側の本案敗訴判決が確定したときは、仮払金の返還義務が肯定されざるを得ないと思いますが、賃金仮払仮処分が取り消されたという最高裁の判例の事案で問題になっている場合はどうでしょうか。なお、この事案では、地位保全の仮処分の方は維持されていますが、この仮処分が任意の履行に期待する仮処分過ぎないとされる以上、仮払金の返還義務を肯定するときは、このことは、結論に影響を与えないと思われます。というのは、そうでないと、結果的に、賃金の仮払いを強制したことになるからです。

そして、この場合については、取消しの効果が遡及するか否かの一般的な問題が関連しますが、従来の通説は、この遡及効を否定していました。そこで、この見解を前提とすれば、債権者側の本案敗訴判決が確定した場合には返還義務が肯定されなくても、仮処分命令が取り消されただけでは返還義務は生ぜず、右の確定まではそれは猶予されることになるはずであり、事実、ここで取り上げている最高裁の判例を契機として、このような見解も主張されています(河野正憲「判例評釈」判評三六七号〔判時一三一五号〕四九頁、野川忍「判例評釈」ジュリスト九四六号一三八頁)。

しかしながら、従来の通説は、吉川博士以外、まったく遡及効を否定する理由を述べておりません。その吉川博士は、この理由として三点ほどを指摘されておりますが(吉川大二郎「仮処分異議にもとづく取消判決と遡及効」判例保全処分三八〇頁以下)、そのうち二つは趣旨が必ずしも明瞭ではありませんので、それに対する反論は私の論文を参照していただくこととして、ここでは省略し(野村・前掲判タ七〇五号二四頁)、一点だけ触れておきます。すなわち、それは、仮処分命令が国家の意思表示としての裁判であるということでありますが、判決が再審の訴えによって取り消された場合の失効には遡及性があるとされていることから明らかなように、国家の意思表示だ

から、その取消しには遡及効がないなどという原則は存在しません。そこで、むしろ遡及効が認められるか否かは、仮処分命令の取消しないし不服申立制度の趣旨に遡って考えるべきであります。そうすると、仮処分命令は債務者側の言い分を聞くことなく発令されたり、立証は疎明で足りるとされているなど、仮処分制度は本質的に債権者側に優位を認めた制度であります。このようなことによって劣位に置かれた債務者側が不当な仮処分の拘束から迅速に免れることができるようにするために各種の取消制度が認められていると思われます。そこで、この取消しの遡及効を否定すると、取消制度を認めた趣旨の大部分とはいわないまでも、相当部分は失われてしまうと思われます。それ故、この遡及効は肯定されなければならないと思います。もっとも、最高裁の判例の事案では、被保全権利がおよそ存在しないとの理由で仮処分命令が取り消されたのではなく、保全の必要性が事後的に消滅したとの理由で取り消されたのでありますから、右の遡及的失効は、これが消滅した時点以降に制限されなければなりません。

なお、このように仮処分命令の取消しの遡及効を肯定すると、取消しを理由に仮払金の返還が命ぜられたが、まだ、現実に返還がなされない間に債権者側本案勝訴の判決が確定したときに、どう処理するかという問題が生じます。この場合は、仮払金の返還義務は、右の判決の確定（仮執行宣言が付された場合も含めるべきか）を解除条件としており、この条件が成就したときは、債権者側は請求異議の訴えを提起しうるとすべきであります（藤山雅行「原状回復の裁判」民事保全法の理論と実務下巻三六八頁の指摘により、野村秀敏「原状回復」判タ六四〇号三五頁の私見を改める）。

五 不作為を命ずる仮処分と間接強制

- (1) 賃金仮払仮処分と仮払金の返還義務という問題点については、まだまだ述べなければならない点もあります

が、時間の関係もありますので、次の問題点に移りたいと思います。すなわち、次に、東京高決平成三・五・二九判時一三九七号二四頁の事案に即して、不作為を命ずる仮処分と間接強制という問題点について検討してみたいと思います。

この事案では、マンションの建築工事に関連し、建設会社の側から、建築工事に反対する地域住民に対して、建築工事妨害禁止の仮処分がなされ、さらにその仮処分決定に対して、仮処分債務者が仮処分違反行為をしているとして、間接強制のための制裁金の予告決定がなされました(民執一七二条一項)。そして、この予告決定に対し、仮処分債務者が違反行為はしていないとして、執行抗告を提起したのでありますが、抗告審の東京高裁は、不作為を命ずる債務名義の強制執行において、違反行為の存在は執行開始の要件ではないから、その有無にかかわらず、予告決定をなしうるとして、抗告を棄却しました。

この事案を考える前提として、不作為請求権についての強制執行を間接強制によって行う場合について一般的にいいますと、まず、債務名義に基づいて、違反行為が中止されず、またはそれが行われるときは債権者に制裁金を支払うべき旨を命ずる予告決定を得、次に、それにもかかわらず違反行為があれば、右の予告決定に、具体的に取り立てることのできる金額を明示した執行文の付与を受け、それに基づいて一般の金銭執行の手続をなすということになります(民執一七二条。問題は、本執行と仮処分執行とに共通します。民保五二条)。

(2) そこで、まず、右の制裁金の予告決定をなすに際して、既に違反行為が行われていることを要するか否かが問題になります。

これが必要とするのが伝統的な通説ですし、従来の実務の取扱いもそうしてきたと思われますが、その理由とするところは、間接強制も強制執行の一種でありますが、一回的不作為義務のうち、一定時期の不作為義務については、その時期までは履行期は到来していないし、一定時期ではなくとも、債務者が一回でも違反行為をすればその

義務が消滅してしまう一回的不作為義務や反復的もしくは継続的不作為義務については、違反行為のない間は任意に義務が履行されていることになるから、いずれにせよ執行開始の要件は存しない、というところにあります。

しかし、不作為義務は、義務違反後に不履行部分の履行を強制執行によって追完的になさしめることの不可能な義務ですから、義務違反に対する事前の予防手段の備わっていることが望ましいといえます。また、必要説によると、権利者は一回は権利侵害を甘受せざるを得ず、そのうえ、一回的不作為義務で違反の結果を残さないものについては（残すものについては、民執一七一条、民四一四条三項の適用がある）、全く執行の方法がないことになってしまいます。そこで、このような考慮に加えて、民事訴訟法旧七三四条（Ⅱ民執一七二条）の文言がそう解することの妨げとならないことや同条の沿革をあげて、不要説を強力に主張されてきたのが竹下教授です（竹下守夫「不作為を命ずる仮処分」吉川還暦・保全処分の体系下巻六〇五頁以下）。そして、この竹下説以降に公にされた見解においては、不要説の方がむしろ多数説になっているといつてよいと思われます。そして、このような状況にあつて、既に履行期の到来していた継続的不作為義務についてであります。右の東京高裁の決定は、従来の実務の取扱いと思われるところに反し、右の最近の多数説に従い、予告決定の要件として違反行為が不要である旨を明らかにしたものであつて、極めて注目されるものであります。

(3) 私も、竹下教授の驥微に付しまして、不要説に賛成したいと思いますが、その中には、一定時期における一回的不作為義務に関しては、その時期の到来前は履行期が来ていないから、民事執行法三〇条一項との関係上、制裁金の予告決定もなし得ず、その後は不作為請求権自体が消滅してしまうので、結局、間接強制の余地は全くないとの見解があります（鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章編・注解民事執行法(5)一一頁〔富越和厚〕、香川保一監修・注釈民事執行法(7)二〇五頁〔富越〕）。

しかしながら、既に竹下教授が指摘されていますように、執行債権の履行期到来前に何らの執行行為をも許さな

いことにするか否かは政策の問題であると考えられますので、間接強制制度の機能強化を重く見る立場からは、民事執行法三〇条一項の規定にもかかわらず、右の不作为義務についても、制裁金の予告決定をなすことを認めるべきでありましょう(竹下・前掲六一二頁)。

(4) さらに、不要説においては、予告決定を得るためには、違反行為の高度の蓋然性、違反行為の危険が重大かつ明白であること、ないしはそれが切迫していることを要し、その旨の証明が必要であるとされることがあります。また、こういった程度のものであればなくとも、違反行為のおそれ是要するとされることもあります。東京高裁の決定は、「債務者に違反行為のおそれもないような場合にまで執行のための決定を発する必要もないし、またその利益もないから、執行裁判所はこの点を判断することはできる」としていますので、この後者の見解に従ったようにも思われます。もともと、予告決定に掲げる制裁金の金額の決定に関連し、仮処分決定後の紛争の程度、期間等を考慮するとはしていますが、そもそも予告決定をすべきか否かに関して、具体的に違反行為のおそれを認定しているわけではありません。

しかし、東京高裁の決定がどのように解しているにせよ、また、不作为請求権の法的構造をどう捉えるにせよ、違反行為のおそれがなければ、そもそも判決なり仮処分命令なりの不作为を命ずる債務名義は与えられないはずであります(ただし、契約に基づく不作为請求権は、ここでは考慮の外におきます)。そして、違反行為のおそれによって不作为請求権が成立すると解すれば、債務名義成立後にそのおそれが消滅したときには不作为請求権もそれに伴って消滅します。これは、債務名義に表示された請求権の消滅にはかなりませんので、請求異議の訴えなり、事情変更に基づく取消しなりによって主張すべき事由にあたるはずでありまして、不作为請求権の法的構造について異なった見解に従ってもこれに準じて考えることになりましょう。それ故、債権者の側で、右のおそれを予告決定を得るにあたって証明する必要はありません(このように解するのがドイツの通説であります)。また、単なる違

反行為のおそれより高度な蓋然性を要求する見解は、判決や仮処分命令の中で既に制裁金の予告をなすことを認める立場（もつとも、この点については争いがないわけではありません）と調和しません。制裁金の予告決定を取得する基礎となる程の違反行為の高度の蓋然性と、そうはならないが、それがあつたため請求異議事由が発生しない違反行為のおそれを区別することも、實際上極めて困難でありましょう。したがつて、いかなる程度のものであれ違反行為のおそれの証明は、制裁金の予告決定を得るためには要求されないと解すべきであります。

(5) 以上から、ここでの問題点については、債務名義が成立すれば直ちに、①不作為義務に対する違反行為がなくとも、②履行期が到来していなくとも、かつ、③違反行為のおそれなどを証明しなくとも、債権者は制裁金の予告決定を得ることができると解すべきであると思われます。

六 不作為を命ずる仮処分と執行官保管

(1) 最後に、そして、不作為を命ずる仮処分に関する第二の問題点として、その仮処分を命ずるに際して、あわせて執行官保管をも命じうるかという問題点を検討してみたいと思います。この問題点については、秋田地決平成三・四・一八判時一三九五号一三〇頁という判例が注目されますが、その事案は、ある建物が暴力団事務所として使用されていたところ、付近住民が、それによって私生活上の平穩が害され、生命、身体に対する具体的危険があるとして、人格権の侵害を理由に、当該建物の暴力団事務所としての使用差止めと、当該建物の執行官保管とその旨の公示等を求め、それが認められたというものです。このような仮処分命令が発せられたのは、内部分裂した暴力団同士の対立抗争が激化して一四件もの発砲事件が発生し、問題の建物にも二回にわたつて銃弾が撃ち込まれたばかりか、さらに、何の關係もない一般住民の住居にまで、暴力団組員の住居と間違われて銃弾が撃ち込まれるという事態が生じていたために、単に不作為を命じただけでは仮処分の実効性を期し難かつたためであると思われるま

すが、右の決定が、執行官保管まで命じうるとした理由は、要するに、そうすることがどうしても必要だということを出ないように思われます。

(2) この仮処分では、不作為と執行官保管にあわせて公示が命ぜられていますが、かつては不作為のほかには單純に公示のみを命ずる仮処分がよく見られたところです。そして、従来、後者の仮処分については多くの議論がなされてきましたが、前者の仮処分や不作為命令と執行官保管の仮処分についてはあまり論ぜられることがなかったので、まず、不作為と公示のみを命ずる仮処分に関する議論を見てみたいと思います。

不作為を命ずる仮処分において、不作為とあわせて公示を命ずることは、古い時代においては疑問なく行われていましたが、東京高判昭和二七・六・二四高民集五卷九号三八四頁はこれを違法としました。これに対し、東京高判昭和二七・一〇・三一下民集三卷一〇号一五三一頁は、適法説を取りましたが、その後の実務は、ほぼ違法説に固まってきたといわれます。もっとも、学説上は、必ずしも違法説が通説とはいえず、両説は相拮抗しているように見えます。

違法説の根拠として示されてきたところは、主として、以下のようなところにあります。すなわち、①不作為を命ずる仮処分の目的は、一定の作為を禁ずるだけであるから、債務者への告知によってその効力を生ずれば、既にその目的は達成されており、公示は法律的には無意味であるのみならず必要性の範囲を超えるものである、ということ、②被保全権利である不作為請求権が本案訴訟で認められたとしても、債権者は公示を求めうるわけではないから、仮処分によってこのような公示を命ずることはできない、ということ。他方、従来の適法説は、民事保全法二四条(「民訴旧七五八条」)を柔軟に解することにより、①公示には法律的效果はないが、義務違反を防止する事実上の効果を期待でき、それで右規定にいう「必要な処分」というためには十分であるということを最大の根拠としてきました。そしてさらに、そのほかの主な根拠として、以下のようなことを主張しています。すなわ

ち、②公示は、第三者に警告を発し、それが債権者・債務者間の紛争に介入することを防止できるし、③それは被保全権利である不作為請求権のより完全な実現に向けられた補助的手段に過ぎず、公示を命じても被保全権利を超えた利益を債権者に与えたことにならない、というのです。

また、竹下教授は、右の①③を補強する根拠として、他には見られない見解を展開されています。すなわち、不作為命令の執行方法の一つとして、将来のための「適當ノ処分」を命ずる執行命令を出すことができますが（民保五二条、民執一七一条一項、民四一四条三項）、この処分には公示命令のような事実上の効果しか有しないものも含まれ、さらにこの執行処分を当初から、民事保全法二四条によって仮処分中で命じておくことも許されるということです（竹下・前掲五九一頁以下、同「不作為仮処分に公示を命ずることの可否」保全判例百選七二頁）。つまり、この見解によれば、本案判決の執行の過程で公示が命ぜられることになるのですから、これを仮処分中で命じても、違法説の②の根拠は妥当しないということになります。

右の竹下説は、本案判決の執行の内容を見直そうというのですが、上原教授は、被保全権利である不作為請求権の内容自体を見直そうとされています。すなわち、不作為請求権の内容は、単に債務者に対する一定の作為の禁止というふうに狭く捉えられるべきではなく、不作為を実現するために必要な種々の措置を求める権限も、その内容に含まれているとされます（上原敏夫「不作為を命ずる仮処分の諸問題」新・実務民事訴訟講座14「二三七頁」。そうすると、その内容として本案判決においても公示を命ずることができることとなりますので、やはり、違法説の②の根拠は妥当しないことになります。

(3) 次に、不作為命令と執行官保管の仮処分、ないしはそれに加えて公示命令を付加する仮処分について見てみますが、この後者の仮処分の先例としては、ビラの配付禁止に関する京都地舞鶴支決昭和四九・四・六判時七三九号一〇九頁などがありますし、雑誌または書籍の販売禁止に関する札幌地判昭和五五・一一・五判時一〇一〇号九

一頁、東京地判昭和六三・一〇・一三判時一二九〇号四八頁は、前者の仮処分の例です。また、東京地判昭和六三・一二判時一二七二号一二七頁は、商標権侵害に関連して、不作為とともに執行官保管を命ずる仮処分を認可しましたが（公示を命じているか否かは判然としませんが）、工業所有権の侵害に関連しては、同種の先例はほかにも多数あるようです。

この最後にあげた工業所有権関係の仮処分においては、実定法上、「侵害の行為を組成した物の廃棄、侵害の行為に供した設備の除去その他の侵害の予防に必要な行為」を請求する権利が認められていますので（特許一〇〇条二項、実用二七条二項、意匠三七条二項、商標三六条二項）、それを被保全権利として、不作為に加えて執行官保管や、執行官保管を前提とした公示を命ずる仮処分を発令することに問題はありませぬ。しかし、それ以外の仮処分においては、公示違法説の根拠①②は、当然、執行官保管にも当てはまりますので、その説をとるときは、これを命ずることはできないことになるはずですが、公示違法説の立場に立ちながら、執行官保管を認める矛盾した見解がないわけではありませぬ（吉川大二郎「不作為を命ずる仮処分」増補仮処分の諸問題一〇二頁）。

(4) このように、公示違法説をとるときは、執行官保管についても違法説をとることが首尾一貫しています。だが、そうすると、秋田地決の事案のような場合、住民の生命、身体に対する重大かつ明白な危険が差し迫っているにもかかわらず、不作為命令を無視する者に対して、民事司法としては、ほとんど何も実効的な手を打てないことになってしまいます。このような場合には警察の手を借りる以外にないという割り切ってしまうのも、一つの法解釈のあり方としてありえないわけではありません。しかし、右のような差し迫った危険があり、しかも、住民側が裁判所の不作為命令まで取得しようとしているのでありますから、この不作為命令が発令される際には、それになるべく実効性を伴わせるように解釈することが妥当であり、そのような解釈の試みとして、秋田地裁の決定は高く評価されるべきであると考えます。

このような意味で秋田地決の結論には賛成すべきだと思いますが、その、どうしても必要だというに過ぎない理由付けは、あまり説得的には思われません。この決定は、従来の竹下説、上原説以外の公示適法説と通ずるところがありますが、この公示適法説を敷衍して執行官保管を適法と考えると、債権者の本案勝訴の判決が確定すれば、その執行官保管は解放されるということになってしまいます。秋田地決の事案では起訴命令に基づいて本案訴訟が提起されていますから、このことは重大であります。それ故、解釈の方向としては、本案判決に関連しても執行官保管を命じうるようにする方向、すなわち、公示適法説のうちの竹下説か上原説を發展させるという方向しかありません。

(5) 竹下説は以下のように發展させられ得ます。すなわち、将来のための「適當ノ処分」として、そこでいわれている公示命令に、執行官保管ないしそれと公示命令を代置する、ということです。ただし、除去命令や間接強制のための制裁金の予告決定、右の「適當ノ処分」(民執一七一条一項・一七二条一項、民四一四三条三項)を仮処分中に掲げうるか、という点については、先にも少し指摘したように、争いがないわけではありませんが、これをここで検討する余裕はありません。

他方、上原説の發展の方向については、以下のように考えられます。すなわち、不作為請求権は、所有権や人格権のような実質権を保護するための手段である救済の方法の一つであり、それ故、その請求権の内容も弾力的に定められてよいといわれています(竹下守夫「救済の方法」基本法学8紛争一八三頁以下、二〇四頁以下)。そこで、不作為請求権者は、単に相手方に対して一定の作為を禁止することのみならず、実質権の保護を実効的なしめるために、それ以外の種々の作為・不作為を求めうると考えるのです。ただし、このようにいっても、この作為・不作為は、実質権の保護のために必要最小限のものでなければならず、相手方の利益を不必要に害してはならないのは勿論です。そして、このような観点から見ると、特許法一〇〇条二項のような工業所有権関係法規の規定は、決

して例外規定ではなく、右の一般原則の一つの現れと捉えることができます。また、それ故にこそ、旧特許法等には差止請求権に関する規定が存在しなかったにもかかわらず、現行特許法一〇〇条二項と同一内容の権利を認める説が有力であったことや（豊崎光衛・工業所有権法〔新版・増補〕二三三頁参照）、不正競争防止法一条には特許法一〇〇条二項のような規定が含まれていないにもかかわらず、後者と同一内容の請求が不正競争防止法上も許されると解されていることが理解できます（豊崎・前掲四七七頁）。さらにいえば、いわゆる間接侵害行為が、特許権等の侵害行為そのものではないにもかかわらず、差止めの対象となることや（特許一〇一条、実用二八条、意匠三八条、商標三七条）、侵害行為そのもののみならず、その準備行為をも差し止めた判例（東京地判昭和六二・七・一〇無体集一九卷二号二三一頁）も、この関連において理解することができます。人格権を保護するために、このように、不作為請求権の内容を柔軟に捉え直すことができれば、執行官保管もこの内容の一つとして考えることができます。ただし、これは、不作為請求権の内容として、目的物件を第三者に保管させることを求める権利が含まれているということですから、仮処分命令の主文を、「債務者は、目的物件を債権者の委任する〇〇地方裁判所執行官に保管のために引き渡せ。」といったふうにする等、工夫の必要があるかもしれません。

(6) このように、竹下説または上原説を発展させることによって、秋田地裁の決定の結論を正当化することができますが、いずれの方向が妥当でしょうか。両者は、相排斥しあうものではないようにも思われますし、上原説の方向も十分魅力的ではあります。また、この方向は実体法上の権利の内容にまで踏み込むため、解釈論としては、よりドラスティックであるように思われますが、二で申し上げました私見からすると、特に仮処分では、この見解を取ってよいということになるかもしれません。しかし、本案訴訟との関係もありますので、差し当たりは、竹下説の方向で考えておくことが無難でしょうか。

なお、右のいずれの方向で考えていくにせよ、公示の場合には、それを施せば執行官の職務はそれで終了してし

まいりますが、執行官保管の場合には、そうはならないため、執行官の職務が終了する見込みが立たないのではないか、という点が若干気にかからないでもありません。このようなことを避けるためには、初めから期間を限って執行官保管を命ずればよいとの考えもありえ、実際そうした例もありますが（大阪地判昭和五四・一・一〇特管別冊昭和五四年Ⅱ三八一頁。ただし、この事案では、特許権の有効期限が迫っていたために、そのようにし易かったという事情があります）、秋田地決の事案では、そのようにする必要はないでしょう。つまり、執行官保管がなされたとしても、勿論、仮処分債務者の問題の建物に対する所有権が失われてしまうわけではありませんから、暴力団事務所以外の用途にその建物を使用することとなれば、その所有者が事情変更に基づく取消しの申立てなり、請求異議の訴えの提起なり（本案判決なり本執行の過程で執行官保管が命ぜられたとすれば）をしてくることは十分期待できると思われるからです。

七 結 び

以上、仮処分に関する問題点を五つ取り上げて検討してまいりました。私見として申し上げましたところは、目の二と三に掲げました問題点については、通説および実務の取扱いに反するものであります。それに反し、四に掲げた問題点につきましては、従来の通説および最高裁の判例に賛成するものであります（もっとも、後者の具體的結論には反対します）。最近の多数説はむしろ私見とは反対の方向に行きつつあるように思われます。そして、五と六の問題点については、そこで素材として取り上げた判例の結論に賛成するものであります。そのような結論は、従来の伝統的な学説や実務の取扱いには反すると思われるのであります。仮処分、ないしはより広くいって保全処分に関しては、冒頭でも指摘しましたように、新しい民事保全法が施行されており、問題がなくなつたかのように見えなくもありませんが、決してそうではなく、解釈に委ねられている問題点は、なお少なくありません。

そして、その解釈論として、判例・通説の立場も万全ではありません。このようなことは、今、指摘しましたところからも、明らかであると思われます。本日、私の話をお聞き下さいました皆様方のうちにも、今後、保全処分の実務に就かれる方も数多いかと存じます。この話が、そのような方々が、実務に就かれた後にも、なお多くの問題が残されていることを意識され、研鑽を積まれることの契機の一つにでもなれば、幸いであります。

(のむら・ひでとし 法学教授)